

[Acórdãos STA](#)

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

Processo: 0727/19.3BELRS
Data do Acórdão: 12-02-2025
Tribunal: 2 SECÇÃO
Relator: JOÃO SÉRGIO RIBEIRO
Descritores: LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO
CAPITAL
DIVIDENDOS
ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLECTIVO

Sumário: I - O artigo 22.º do EBF, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 7/2015, de 13/01, na medida em que limita o regime de isenção nele previsto aos OIC constituídos segundo a legislação nacional, dele excluindo os OIC constituídos segundo a legislação de outros Estados, é incompatível com a liberdade de circulação de capitais que decorre do artigo 63.º do TFUE.
II - Acordam em conferência os juízes da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo, em negar provimento ao recurso jurisdicional interposto pela Recorrente, mantendo-se a decisão judicial recorrida.

Nº Convencional: JSTA000P33262
Nº do Documento: SA2202502120727/19
Recorrente: AT - AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA
Recorrido 1: A...
Votação: UNANIMIDADE
Aditamento:

 Texto Integral

Texto Integral:

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo:**1. Relatório**

1.1. A REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA, melhor identificada nos autos, inconformada com a sentença proferida pelo Tribunal Tributário de Lisboa, em 03.10.2024, que julgou procedente a impugnação judicial deduzida por **A...**, com os demais sinais nos autos, representado pela entidade gestora **B...**, **INC.**, sociedade constituída ao abrigo da lei dos EUA, cujo representante fiscal em Portugal é a sociedade comercial **C...**, **LDA.** e, em consequência, anulou o ato de indeferimento da reclamação graciosa apresentada contra os atos de liquidação, por retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), que incidiram sobre os dividendos auferidos em território nacional, consubstanciados nas guias n.ºs ...17 (maio de 2016), ...37 (maio de 2017) e ...76 (setembro de 2017), no montante total de €129.712,49.

1.2. A Recorrente conclui da seguinte forma as suas alegações de recurso:

«(...)

A) Vem o presente recurso interposto da *douta* sentença que julgou procedente a impugnação judicial à margem identificada,

deduzida na sequência do indeferimento da reclamação graciosa apresentada contra os atos de retenção na fonte de IRC, que incidiram sobre dividendos que foram distribuídos ao Recorrido, nos anos de 2016 e 2017, por entidades residentes em território nacional, por ter considerado que os mesmos padecem de vício de violação de lei, consubstanciado na violação da livre circulação de capitais, consagrada no art.º 63º do TFUE, e, consequentemente, do art.º 8º, nº 4 da CRP, que estatui o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional.

B) A questão material que vem controvertida, prende-se, pois, em determinar se a legislação portuguesa, na redação em vigor à data dos factos tributários, ao excluir de tributação os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a fundos de investimento mobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional (art.º 22º do EBF) e, por isso residentes em território nacional, mas sujeitando a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por essas mesmas sociedades a fundos de investimento mobiliário, que não tenham sido constituídos nem operem de acordo com a legislação nacional, e por isso não residentes, (in casu os Estados Unidos da América), configura uma restrição à livre circulação de capitais, não consentida pelo art.º 63º do TFUE.

C) O TJUE já deixou expresso em múltiplos Acórdãos que, em abstrato, o regime de tributação dos diferentes Estados Membros pode tratar de forma diferente residentes e não residentes, sendo que a relevância está em averiguar se, em concreto, tal se traduz na aplicação de uma tributação efetiva mais elevada sobre os não residentes, pois, em caso contrário, o regime não é discriminatório, nem consequentemente contrário ao direito comunitário.

D) Conforme afirmado por Paula Rosado Pereira, *in* Princípios do Direito Fiscal Internacional, Almedina, 2010, pp. 349 e ss, o Tribunal de Justiça assume, como ponto de partida que a situação de sujeitos passivos residentes e de não residentes “*não é, em geral, comparável*”, uma vez que, desde logo, quanto aos primeiros a tributação incide sobre a globalidade dos rendimentos auferidos (no Estado da residência), enquanto no caso dos segundos se limita aos rendimentos auferidos no Estado da fonte; assim, “*no Caso Shumacker, o Tribunal de Justiça aceitou que o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não residentes não é discriminatório, desde que uns e outros se encontrem em situações diferentes, o que sucede, por exemplo, por a maior parte do rendimento do não residente ser normalmente obtida no seu Estado de residência*”.

Continua a referida Autora, afirmando que *“A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça revela, assim, na perspectiva deste órgão, em termos genéricos, o uso da residência como elemento de conexão, bem como a diferenciação fiscal entre sujeitos passivos residentes e não residentes, tanto na legislação interna dos Estados como nas CDT, é aceitável e não contraria as liberdades de circulação, nem consubstancia uma discriminação contrária aos Tratados Europeus, em virtude de os residentes e os não residentes não se encontrarem, em geral, em situações comparáveis, porque assentes numa diferença objectiva relevante entre sujeitos passivos.”*

E) O TFUE, no seu art.º 65º, admite que a proibição do estabelecimento de restrições aos movimentos de capitais não impede que um Estado-Membro defina um regime tributário diferente para os sujeitos que não se encontrem em idêntica situação, importando dessa forma determinar se estamos perante situações comparáveis, porquanto só existe discriminação quando o direito interno aplique regras diferentes a situações comparáveis ou sujeite situações diferentes a regime idêntico.

F) A sentença recorrida fez uma explanação do regime de tributação, em sede de IRC, aplicável aos OIC residentes (constituídos e a operar de acordo com a legislação nacional) e não residentes (constituídos ou a operar de acordo com outra legislação), tentando demonstrar que a exclusão de tributação dos dividendos, prevista no n.º 3, do art.º 22º do EBF, aplicável apenas aos primeiros, só por si, configura uma restrição à livre circulação de capitais por oposição aos art.ºs 63º e 65º do TFUE.

G) Ora, entendendo-se que não cabe à AT, no presente âmbito, discutir as opções de política fiscal, sempre se dirá que qualquer regime fiscal aplicável a sujeitos passivos residentes é, normalmente, diferenciado do aplicável a não residentes, sem que, por isso, configure restrição às liberdades fundamentais previstas nas normas do TFUE ou colida com essas ou outras normas de direito fiscal internacional, nomeadamente, as CDT.

H) A sentença sob recurso não tomou em consideração o regime fiscal de forma abrangente; consideração essa que lhe permitiria perceber o tratamento não discriminatório do regime aplicável aos OIC não residentes. De acordo com o anterior regime legal a tributação dos rendimentos era levada a cabo nos OIC, surgindo como premissa do novo regime legal substituir o anterior regime de tributação “à entrada” por um regime de tributação “à saída”, na esfera dos investidores.

I) E, conforme consta do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro que: *“O regime legal hoje aplicável, cujas bases fundamentais constam do artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios*

Fiscais, caracteriza-se pela tributação das mais-valias realizadas e demais rendimentos auferidos pelo organismo de investimento coletivo, independentemente dos custos suportados com a respetiva obtenção, o que tem vindo a penalizar a captação de capital estrangeiro.

Neste contexto, a Assembleia da República, por uma larga maioria, decidiu autorizar o Governo a rever o regime fiscal dos organismos de investimento coletivo, através da generalização do método de tributação «à saída», passando a tributar em Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas os rendimentos auferidos pelos investidores. Adotando uma das principais tendências internacionais, o presente decreto-lei estabelece um regime que permitirá a fácil comparabilidade do desempenho dos organismos de investimento coletivo nacionais com os internacionais, aumentando a facilidade de divulgação internacional dos organismos de investimento coletivo portugueses, promovendo-se assim a poupança a longo prazo e o investimento em ativos com maior espetro de rendibilidade (...)”.

J) Contudo, mais resulta do Preâmbulo do citado diploma, nos termos que se transcrevem: “Por outro lado, *é criada uma taxa em sede de Imposto do Selo incidente sobre o ativo global líquido dos organismos de investimento coletivo*, recorrendo a um comparativo internacional.”.

K) E, assim, não obstante os OIC residentes, constituídos e a operarem nos termos da legislação nacional, beneficiem da isenção de retenção na fonte plasmada no n.º 3, do art.º 22º do EBF, regime não aplicável aos não residentes, verificamos decorrer do regime legal instituído pelo Decreto-Lei n.º 7/2015 a introdução da tributação em sede do Imposto do Selo dos OIC residentes, decorrente da criação de uma taxa incidente sobre o ativo global líquido dos organismos de investimento coletivo, com recurso a um comparativo internacional.

L) Deste modo, ainda que se encontrem isentos da retenção na fonte, nos termos decorrentes do n.º 3 do art.º 22º do EBF, os fundos residentes são tributados por via da aplicação de uma taxa fixa, por recurso a comparativo internacional, que incide sobre o ativo global líquido dos organismos de investimento coletivo. Já os fundos não residentes, considerando que a tributação é efetuada tendo por base unicamente os rendimentos percebidos no Estado da fonte, (Portugal no caso), se mostram excluídos de tal tributação, em sede de Imposto do Selo e por via da aplicação de taxa fixa.

M) Ora, tal regime, assim configurado, remete-nos desde logo para duas situações não comparáveis entre si, porquanto apelam, cada uma delas, a um regime jurídico distinto em que o

elemento de conexão residência se implica, por um lado, a não aplicação da dispensa de retenção, também implica, por outro, a não aplicação da tributação em sede de Imposto do Selo a que se encontram sujeitos todos os fundos de investimento residentes em território nacional e que sejam constituídos e operem de acordo com a legislação nacional.

N) E a afirmação da ausência de comparabilidade entre a tributação dos fundos residentes e a tributação dos fundos não residentes no regime jurídico português resulta acrescida do regime fiscal da participation exemption, introduzida pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, nomeadamente, com a alteração dos n.ºs 3 a 9 do art.º 14º do CIRC, aplicável a partir de 01/01/2014, e que prevê a isenção, em sede de IRC, dos dividendos colocados à disposição dos investidores não residentes, como seria o caso do ora Recorrido, desde que verificadas e feita a prova do cumprimento das condições aí previstas. Sendo que, tal isenção se não mostra aplicável aos fundos de investimento residentes.

O) Por outro lado, convém lembrar a aplicação ao caso em apreço da Convenção para evitar a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e os Estados Unidos da América, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/95, de 12 de Outubro, da qual resulta para o Recorrido a possibilidade de eliminação da dupla tributação internacional, nos termos do disposto na alínea a), do n.º 1, do art.º 25º da CDT, bem como da eliminação da dupla tributação económica internacional, com o cumprimento das condições vertidas na alínea b), do n.º 1, do art.º 25º da CDT.

P) Nos termos expostos, não só o regime legal aplicável aos fundos residentes se mostra não aplicável ao Recorrido, por ser OIC não residente, e não poder, por tal motivo, o Estado da fonte dos rendimentos, Portugal, tributar em sede de Imposto do Selo o seu ativo global líquido, por via da aplicação de taxa fixa, aplicável a todos os OIC residentes, como a eventual incompatibilidade entre a liberdade de circulação de capitais e o tratamento diferenciador resulta acrescidamente neutralizada por via da aplicação da CDT que permitirá ao Recorrido reaver o imposto pago em Portugal.

Q) Ainda, não obstante a taxa de retenção na fonte aplicável aos rendimentos de capitais auferidos por residentes seja em geral de 25%, o Recorrido beneficia da dispensa parcial de retenção por via da aplicação da taxa de 15% decorrente da aplicação da CDT em vigor.

R) No sentido explanado vai a jurisprudência do TJUE, e decorre do acórdão Pensioenfonds Metaal en processo C 252/14, caso aplicável mutatis mutandis ao caso sub judice, de acordo com o qual:

*“(…) A este respeito, há que salientar que a tributação que incide sobre os fundos de pensões residentes tem um objeto diferente da aplicada aos fundos de pensões não residentes. Assim, enquanto os primeiros são tributados pela totalidade dos seus rendimentos, calculados com base nos seus ativos deduzido o valor das suas dívidas, à qual é aplicada uma taxa de rendimento fixa, independentemente do recebimento efetivo dos dividendos durante o exercício fiscal em causa, os segundos são tributados pelos dividendos recebidos na Suécia durante esse exercício.
(…)*

Para alcançar este objetivo, o conjunto dos ativos de um fundo de pensões residente é sujeito anualmente a uma tributação por taxa fixa, que reflete o rendimento desses ativos, independentemente do recebimento de um rendimento gerado pelos referidos ativos, em especial do recebimento dos dividendos.

Esta tributação dos rendimentos dos fundos de pensões residentes é exercida pelo Reino da Suécia, na sua qualidade de Estado de residência dos referidos fundos de pensões, que dispõe a esse título de um poder de tributação sobre os seus rendimentos globais.

Em contrapartida, no que respeita aos fundos de pensões não residentes na Suécia, este Estado Membro apenas dispõe, em conformidade com a convenção bilateral de prevenção da dupla tributação celebrada com o Reino dos Países Baixos, de um poder de tributação dos rendimentos gerados pelos ativos dos referidos fundos que se encontram na Suécia. Assim, o Reino da Suécia tributa os rendimentos recebidos pelos fundos de pensões não residentes na sua qualidade de Estado de origem dos dividendos.

*Na medida em que, nos termos da referida convenção, **o Reino da Suécia não dispõe de um poder de tributação dos ativos de um fundo de pensões não residente**, como os que estão em causa no processo principal, situados no seu território, **a simples detenção de ativos na Suécia não pode, em contrapartida, dar lugar a uma tributação nesse Estado Membro.***

***Assim, há que constatar que, à luz do objetivo prosseguido pela legislação nacional, bem como do seu objeto e do seu conteúdo, um fundo de pensões não residente não se encontra numa situação comparável à de um fundo de pensões residente.”** (sublinhado e realce nossos)*

De qualquer modo,

S) Invocando a sentença recorrida, *in casu*, a violação do disposto nos art.ºs 18º e 63º do TFUE, a verdade é que não ficou demonstrado, para além da mera contraposição entre aplicação de retenção na fonte a não residentes e a dispensa de retenção na fonte a residentes, decorrente do disposto no n.º 3, do art.º 22º do EBF, (e de que resulta em abstrato um tratamento diferenciado que, conforme supra constatado, se converte,

mediante análise circunstanciada dos regimes legais aplicáveis a residentes e a não residentes, em mera diferença de regime não capaz de sustentar qualquer discriminação efetiva), de que forma se efetiva tal comparabilidade de situações, (que infirmámos), com desvantagem real para o Recorrido.

T) Cumpre referir o papel que desempenha a CDT entre Portugal e EUA, que permite que o imposto pago em Portugal seja deduzido nos EUA, com a recuperação pelo Recorrido do imposto retido em Portugal, mais se salientando o facto de serem os objetivos de tal convenção precisamente os de evitar a dupla tributação entre Estados.

U) Assim, como não existe para os Estados qualquer obrigação decorrente dos princípios comunitários de aplicar aos não residentes o tratamento dado a nacionais, pois que estamos, em conformidade com jurisprudência assente do TJUE, perante categorias de sujeitos passivos objetivamente diferentes (vide Acórdão de 14/02/1995, caso Shumacker, proferido no processo C-279/93, Acórdão de 11/08/1995, caso Wielockx, proferido no processo C-80/74, Acórdão de 11/08/2015, caso Gschwind, proferido no processo C-391/97), a situação comparável entre o Recorrido e as sociedades residentes em território nacional só seria passível de ser afirmada se o primeiro estivesse sujeito nos termos do regime fiscal de tributação dos rendimentos do Estado Norte-americano a um regime de tributação semelhante ao aplicável às sociedades residentes em território nacional, em termos de taxa aplicável, de determinação dos rendimentos e de obrigações fiscais. E tal facto não foi demonstrado nos autos.

V) Mais, nessa sequência impor-se-ia afirmar o tratamento discriminatório da norma em apreço, apenas e só se, considerando tal regime de tributação das sociedades residentes nos EUA e o imposto retido na fonte a título definitivo em Portugal, se concluísse pela tributação mais elevada no seu conjunto (veja-se, neste sentido o Acórdão Gerritse, de 12/06/2003, proferido no processo C-234/01). Prova que, nos termos do disposto no nº 1, do art.º 74º da LGT, não foi, a nosso ver efetuada pelo Recorrido.

W) Pelo que, demonstrando a AT não estarmos perante situações comparáveis face ao regime legal em causa aplicável a residentes e a não residentes, e concomitantemente, não tendo feito o Recorrido a prova, em concreto, do carácter discriminatório que invoca, não pode afirmar-se qualquer violação do princípio da liberdade de circulação de capitais, como erroneamente afirmou a sentença recorrida. E, pertinente na matéria é o Acórdão, a que se apela, do Supremo Tribunal Administrativo de 26/11/2014, proferido no processo n.º 01877/13, de acordo com o qual **“Será pela análise concreta da tributação global dos**

dividendos tendo em conta a sua tributação em Portugal e na Holanda que se poderá verificar se o direito interno, nomeadamente as normas relativas à retenção na fonte, em princípio violadoras do artº 63º do TFUE, como disse o Tribunal de Justiça, em 6 de Outubro de 2011, no proc. C-493/09, na situação concreta, constituem uma restrição à livre circulação de capitais, proibida pelo indicado preceito.” (sublinhado e realce nossos)

X) Assim, ao contrário do decidido na sentença recorrida, não é inequívoco que os OIC portugueses que pagam dividendos a entidades também elas nacionais estejam numa situação de vantagem relativamente às entidades residentes noutros países que efetuem operações semelhantes. E não se encontra provada a alegada ilegalidade da tributação dos referidos dividendos por restrição à livre circulação de capitais.

Y) Ademais, à Administração Tributária não se mostra legítimo deixar de proceder à aplicação das normas legais vigentes e, no caso, aplicáveis, uma vez que adstrita ao princípio da legalidade, e, por isso, estritamente vinculada ao cumprimento da lei, conforme o art.º 3º do Código de Procedimento Administrativo, aplicável ex vi alínea c), do art.º 2º da LGT.

Z) Nestes termos, não pode o regime em causa ser configurado como tratamento discriminatório nem uma violação do art.º 63º da TFUE, decorrendo a tributação do disposto no nº 4, do art.º 87º, na alínea c), do n.º 1, do art.º 94º, nos n.ºs 1 e 2 do art.º 90º do CIRC e do nº 3, do art.º 22º do EBF a contrario, razão pela qual, a sentença recorrida ao decidir como decidiu, incorreu em erro de julgamento de direito, impondo-se a sua anulação e substituição por outra, que mantenha vigentes na ordem jurídico-tributária, por legais, os atos de retenção na fonte de IRC impugnados.

AA) Não se vislumbrando, pois, qualquer ilegalidade nos atos de retenção na fonte de IRC, não se pode manter, impondo-se a sua anulação, o segmento decisório na parte em que condena a AT no pagamento de juros indemnizatórios.

BB) Não merecendo provimento a impugnação judicial deduzida pelo Recorrido, impor-se-á, também, a reforma da sentença recorrida quanto à condenação da AT, no pagamento das custas processuais. (...)»

Termina pedindo que seja admitido e julgado procedente o presente recurso e revogada a douta sentença recorrida, nos termos e com os fundamentos supra descritos, substituindo-a por acórdão que julgue totalmente improcedente a impugnação judicial, com as legais consequências.

1.3. A sociedade Impugnante, ora Recorrida, apresentou contra-

alegações formulando as seguintes conclusões:

«(...)

1.^a A douda sentença recorrida julgou procedente a impugnação judicial deduzida na sequência da decisão de indeferimento da reclamação graciosa n.º ...36, relativa ao ato de retenção na fonte respeitante a IRC de 2016, consubstanciado na guia n.º ...17, referente ao período de maio de 2016, e aos atos de retenção na fonte respeitantes a IRC de 2017, consubstanciados nas guias n.º ...37 e ...76, referentes aos períodos de maio e setembro de 2017;

2.^a Em linha com a jurisprudência do TJUE (cf. acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN* contra Autoridade Tributária e Aduaneira, processo C-545/09, de 17.03.2022), o Tribunal *a quo* concluiu que o normativo constante do artigo 22.º, n.º 3, do EBF colide com a liberdade de circulação de capitais, consagrada no artigo 63.º do TFUE, razão pela qual, determinou a anulação dos atos tributários *sub judice*;

3.^a Não se conformando com o decidido, a Fazenda Pública interpôs o presente recurso imputando à sentença recorrida erro de julgamento de direito;

4.^a Entende a Fazenda Pública que as situações em confronto – OIC residente e OIC não residente – não são objetivamente comparáveis;

5.^a Neste ponto, cumpre trazer à colação o recente acórdão do TJUE, o qual se debruçou sobre o artigo 22.º, n.º 1 e n.º 3, do EBF com o princípio da livre circulação de capitais, tendo o TJUE concluído que “(...) o artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.” (cf. Acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN*, no processo n.º 545/19, de 17.03.2022);

6.^a Para efeitos de análise da comparabilidade – um dos elementos essenciais para aferir da existência de um tratamento discriminatório – a jurisprudência do TJUE tem vindo a eleger como critério de comparabilidade preponderante a sujeição a imposto do sujeito passivo (residente e não residente) [cf. acórdão *Denkavit Internationaal* (processo C-170/05, de 14.12.2006) e do acórdão *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (processo C-374/04, de 12.12.2006)];

7.^a No acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN* (processo C-545/19, de 17.03.2022) considerou-se que “(...) a partir do momento em que um Estado-Membro, de modo unilateral ou por via convencional,

sujeita ao imposto sobre o rendimento não só as sociedades residentes mas também as sociedades não residentes, relativamente aos rendimentos que auferem de uma sociedade residente, a situação das referidas sociedades não residentes assemelha-se à das sociedades residentes (...)” (sublinhado nosso);

8.^a A legislação interna coloca no mesmo plano, para efeitos de IRC, os fundos de investimento não residentes e os fundos de investimento residentes, uma vez que: (i) os fundos de investimento não residentes são tributados em sede de IRC pelos rendimentos obtidos em território nacional (cf. artigo 4.º, n.º 2, do Código do IRC), sendo os dividendos por estes auferidos em território nacional sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, à taxa de 25% [cf. artigos 94.º, n.º 1, alínea c) e n.º 3, alínea c), e 87.º, n.º 4, ambos do Código do IRC], ao passo que (ii) os fundos de investimento residentes são tributados em sede de IRC (cf. artigo 22.º, n.º 1, do EBF), mas beneficiam de uma exclusão de tributação dos dividendos (cf. artigo 22.º, n.º 3, do EBF);

9.^a Verifica-se assim que o critério de distinção estabelecido pela legislação portuguesa assenta exclusivamente no lugar da residência dos OIC, sujeitando apenas os OIC não residentes a uma retenção na fonte sobre os dividendos que auferem (cf. o referido acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN*);

10.^a Pelo que, a situação de um OIC residente em Portugal é, para este efeito, comparável à de um OIC não residente (cf., neste sentido, as decisões arbitrais proferidas nos processos n.º528/2019-T, n.º 548/2019-T, n.º 926/2019-T, n.º 11/2020-T, n.º 922/2019-T, n.º 68/2020-T, n.º 166/2021-T, n.º 32/2021-T, n.º 215/2021-T, n.º 345/2021-T, n.º 133/2021-T, n.º 214/2021-20T, n.º 127/2021-T, n.º 821/2021-T, n.º 593/2021-T, n.º 134/2021-T, n.º 382/2021-T, n.º368/2021-T e n.º 817/2021-T, n.º 370/2021-T, n.º 623/2021-T, n.º 622/2021-T, n.º 621/2021-T, n.º 734/2021-T e n.º 129/2022-T, n.º 115/2022-T, n.º 620/2021-T, n.º 121/2022-T, n.º545/2021-T, n.º 624/2021-T, n.º 816/2021-T, n.º 83/2021-T, n.º 746/2021-T, n.º 128/2022-T, n.º 135/2022-T, n.º 116/2022-T, n.º 114/2022-T, n.º 445/2022-T, n.º 663/2022-T, entre outras);

11.^a No que concerne à análise da comparabilidade, o TJUE tem também feito apelo ao propósito ou objetivo pretendido pelo legislador nacional [cf. neste sentido, os acórdãos *AllianzGIFonds AEVN* (processo C-545/19, de 17.03.2022) e *Orange European Smallcap Fund*, processo n.º C-194/06)];

12.^a O regime consagrado no artigo 22.º do EBF foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, o qual teve como desiderato conferir uma maior competitividade aos OIC e, por outro lado, eliminar a dupla tributação económica que

anteriormente existia quanto ao rendimento pago pelos OIC aos investidores (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro);

13.^a *In casu*, a aplicação de idêntico regime aos OIC não residentes, com a exclusão de tributação dos dividendos auferidos em território nacional, em momento algum põe em causa o propósito de eliminar a dupla tributação económica, mostrando-se, aliás, conforme ao mesmo, visto que os investidores do Recorrido estão sujeitos a tributação;

14.^a A Fazenda Pública sustenta que para efeitos da análise de comparabilidade deverá ser relevado o tratamento conferido em sede de Imposto do Selo (cf. verba 29 da TGIS);

15.^a Todavia, salvo o devido respeito não assiste razão à Fazenda Pública, uma vez que o Imposto do Selo não visa tributar o rendimento, mas o valor líquido global do OIC;

16.^a De facto, está em causa a tributação de uma realidade distinta – valor líquido do OIC – que, desde logo, não é suscetível de comparação com a tributação sobre o rendimento auferido – dividendos – e, que por outro lado, não releva qualquer diferença de tratamento ao nível do rendimento auferido por um OIC residente;

17.^a Neste sentido se pronunciou já a jurisprudência do TJUE no aludido acórdão *AllianzGI Fonds AEVN* e ainda a jurisprudência arbitral (cf. neste sentido, exemplificativamente, decisão proferida no processo n.º 90/2019-T, de 23.07.2019);

18.^a Carece de absoluto fundamento a invocação pela Fazenda Pública do regime de *participation exemption*, visto que tal regime não constitui objeto da presente análise e, para além disso, a existência deste regime não coloca residentes e não residentes numa situação comparável;

19.^a E a este entendimento não se pode contrapor a jurisprudência do acórdão *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (cf. processo n.º 252/14, de 02.06.2016), pois naquele caso os objetivos pretendidos pela norma de direito interno “(...) *não pode ser alcançado pela tributação dos dividendos recebidos pelos fundos de pensões não residentes em conformidade com o método da taxa fixa* (...)”, ou seja, por tributação em moldes idênticos aos dividendos auferidos por fundos de pensões residentes;

20.^a Em face do exposto, resulta evidente que o Recorrido se encontra numa situação objetivamente comparável à de um fundo de investimento residente;

21.^a O Recorrido logrou demonstrar que o imposto pago em Portugal não foi recuperado no Estado da residência, tendo o Tribunal *a quo* dado como provado que “*O IRC retido em Portugal em maio de 2016, indicada em 5, não foi deduzido, pelo Impugnante, para efeitos de determinação do rendimento sujeito a tributação nos EUA no período de 01.12.2015 a 30.11.2016* (cf. ponto 12. do probatório da sentença recorrida, p. 6);

22.^a Pelo que o Recorrido logrou fazer prova de que não deduziu no Estado da residência o imposto suportado em Portugal;

23.^a Sem prejuízo, acresce referir que a jurisprudência do TJUE tem vindo a defender que os Estados-membros não se podem eximir do cumprimento das obrigações, in casu de assegurar a liberdade de circulação de capitais, nem pôr em causa o funcionamento do mercado interno, com fundamento no (desconhecimento quanto ao) tratamento que é conferido a determinado rendimento pelo Estado da residência [cf. acórdão *Focus Bank ASA* (processo E-1/04 de 23.11.2004)];

24.^a De notar que a Fazenda Pública se limita a invocar a possibilidade de eliminação da dupla tributação pela CDT, sem, contudo, fazer prova, a qual lhe era exigida (cf. neste sentido, acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no processo n.º 2143/05.5BELSB);

25.^a Em face do exposto, resulta evidente que o Recorrido se encontra numa situação objetivamente comparável à de um fundo de investimento residente;

26.^a A jurisprudência do TJUE tem vindo a considerar que o tratamento diferenciado em matéria de tributação de dividendos em função de o OIC ser residente ou não residente, configura um tratamento discriminatório [cf. neste sentido, acórdão *Santander Asset Management SGIIC SA* (processo C-338/11, de 10.05.2012) e acórdão *Fidelity Funds* (processo C-480/16, de 21.06.2018)];

27.^a Mais recente esta jurisprudência foi reafirmada no acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN*, processo C-545/19, de 17.03.2022, o qual se debruçou sobre o regime fiscal previsto no artigo 22.º do EBF;

28.^a Também o Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a afirmar reiteradamente que o regime sob análise colide com a livre circulação de capitais (cf., exemplificativamente, acórdãos de 13.09.2023, processo n.º 715/18.7BELRS; de 08.05.2024, processo n.º 2412/21.7BELRS; e de 07.07.2024, processo n.º 1667/20.9BELRS);

29.^a Assim, resultando amplamente demonstrado que o Recorrido foi sujeito a um tratamento discriminatório, no que respeita à

tributação dos dividendos auferidos em território nacional, não pode senão concluir-se que o artigo 22.º do EBF encerra uma violação do princípio da livre circulação de capitais consagrado no artigo 63.º do TFUE, devendo o presente recurso ser julgado improcedente;

30.^a Sem prejuízo do exposto, caso se considere não assistir razão ao Recorrido, no que não se concede, porque está em causa uma questão de interpretação de Direito da União Europeia que suscita dúvidas, deverá submeter-se a respetiva interpretação ao Tribunal de Justiça da União Europeia competente para decidir a título prejudicial sobre a interpretação do Direito da União Europeia, ao abrigo do disposto no artigo 267.º do TFUE. A questão a apreciar pelo TJUE seria a seguinte: *“É compatível com os artigos 63.º e 65.º do TFUE a disposição de direito nacional em causa nos presentes autos (cf. artigo 22.º, n.º 3, do EBF) que prevê um tratamento fiscal diferenciado para os dividendos distribuídos por uma sociedade residente nesse mesmo Estado-membro em função da residência do Organismo de Investimento Coletivo (OIC) que os auferi, excluindo de tributação os dividendos pagos por uma sociedade residente nesse Estado-membro a um OIC residente, mas sujeitando a tributação os mesmos dividendos quando pagos a um OIC não residente?”*»

Termina pedindo que o presente recurso seja julgado improcedente, mantendo-se a douda sentença recorrida.

1.4. O Digno Magistrado do Ministério Público junto deste Supremo Tribunal Administrativo, emitiu doudo parecer no sentido do não provimento do recurso, nos termos seguintes:

«(...)

1. Objeto do recurso

Vem o presente recurso interposto da douda sentença proferida pelo Tribunal Tributário de Lisboa, datada de 3.10.2024, que julgou a impugnação judicial procedente e, em consequência, decidiu anular o despacho da Direção de Finanças de Lisboa, mediante o qual foram indeferidas as reclamações gratuitas apresentadas pelo impugnante contra as retenções na fonte de IRC que incidiram sobre os dividendos auferidos em território nacional, nos período de tributação de Maio de 2016, Maio de 2017 e Setembro de 2017, no montante total de € 129.712,49. De tal sentença vem interposto recurso pela Fazenda Pública, invocando erro na aplicação do direito.

O impugnante apresentou contra-alegações de recurso, pugnando pela manutenção da decisão.

Cumprir emitir parecer sobre as questões colocadas pela recorrente, estando o objeto do recurso delimitado pelas conclusões das respetivas alegações.

2. Fundamentação

2.1. O impugnante “A...” é um fundo de investimento mobiliário constituído e a operar de acordo com o direito norte-americano, sendo residente, para efeitos fiscais, nos Estados Unidos da América, tendo auferido dividendos no território nacional, os quais foram objeto de retenção na fonte em sede de IRC, a título definitivo, à taxa de 15%.

A questão controvertida consiste em saber se a legislação portuguesa, na redação em vigor à data dos factos tributários, ao excluir de tributação os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a fundos de investimento mobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional (artigo 22º do EBF) e, por isso residentes em território nacional, mas sujeitando a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por essas mesmas sociedades a fundos de investimento mobiliário, que não tenham sido constituídos nem operem de acordo com a legislação nacional, e por isso não residentes, (no caso, nos EUA), configura uma restrição à livre circulação de capitais, não consentida pelo artigo 63º do TFUE. O impugnante sustentou que os atos de retenção na fonte em apreço têm como fundamento jurídico normas que estabelecem uma distinção do regime fiscal aplicável a fundos de investimento residentes e não residentes (de país terceiro, no caso), o que configura uma restrição à livre circulação de capitais.

Em sentido contrário, a AT, ora recorrente, defende que não resulta das normas e princípios de direito europeu uma proibição de diferenciação do regime de tributação dos fundos residentes e dos fundos não residentes, sendo que o TJUE já deixou expresso que a relevância está em averiguar se, em concreto, tal se traduz na aplicação de uma tributação efectiva mais elevada sobre os não residentes, pois que, não se verificando essa situação, o regime não é discriminatório, nem contrário ao direito europeu. A douda sentença recorrida considerou que a diferença de tratamento entre os Organismos de Investimento Coletivo (OIC) residentes e não residentes diz respeito a situações que são objectivamente comparáveis e que essa diferença não se mostra justificada, ao abrigo do disposto no artigo 65.º, n.º 1, alínea a), do TFUE.

A recorrente discorda de tal entendimento, pugnando que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), já deixou expresso que, em abstrato, o regime pode tratar de forma diferente residentes e não residentes, sendo que a relevância está em averiguar se, em concreto, tal se traduz na aplicação de uma tributação efetiva mais elevada sobre os não residentes, pois, em caso contrário, o regime não é discriminatório, nem consequentemente contrário ao direito europeu.

2.2. A recorrente alega que o impugnante se centra na comparação do IRC aplicável aos Organismos de Investimento Coletivo residentes e não residentes, sem tomar em

consideração o regime fiscal de forma abrangente. E observa que os OIC residentes estão sujeitos a tributação em sede de Imposto de Selo, decorrente da criação de uma taxa incidente sobre o activo global líquido desses organismos, não se aplicando a mesma aos OIC não residentes. Por outro lado, não obstante a taxa de retenção na fonte aplicável aos rendimentos de capitais auferidos por residentes seja em geral de 25%, o recorrido beneficia da dispensa parcial de retenção por via da aplicação da taxa de 15% decorrente da aplicação da CDT em vigor. Todavia, como acertadamente se concluiu na douta sentença recorrida, o impugnante suportou a retenção a título definitivo em sede de IRC, pelos rendimentos de capital que lhe foram distribuídos por entidades nacionais, em 2016 e 2017, no valor de € 129.712,49, valor apurado após aplicação de taxa de 15% - e não de 21% - por força da aplicação da CDT celebrada entre Portugal e os Estados Unidos da América, para evitar a dupla tributação. Todavia, o mecanismo que operou ao abrigo desta CDT, representando um decréscimo na taxa aplicável - por conseguinte, menor imposto a apurar - ainda assim, não proporciona o mesmo resultado que é o garantido pelo tratamento jurídico aplicado a um OIC residente, quanto a idênticos rendimentos, ou seja, a exclusão de tributação de tais rendimentos. Assim sendo, não são neutralizados os efeitos da tributação mais desfavorável, o que representa uma maior tributação para a entidade não residente, comparada com a que atinge a entidade residente relativamente ao mesmo tipo de rendimentos.

2.3. A douta sentença recorrida alicerça o seu entendimento no acórdão proferido pelo TJUE, em 17.03.2022, no processo n.º C-545/19, que decidiu:

“55. Com efeito, mesmo considerando que esse mesmo imposto do selo possa ser equiparado a um imposto sobre os dividendos, um OIC residente pode escapar a tal tributação dos dividendos procedendo à sua distribuição imediata, ao passo que esta possibilidade não está aberta a um OIC não residente.

56. Por outro lado, no que se refere ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, resulta das indicações da Autoridade Tributária, contidas na decisão de reenvio, que, por força desta disposição, este imposto só incide sobre os dividendos recebidos por OIC residentes quando as partes sociais a que respeitam os lucros não tenham permanecido na titularidade do mesmo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da sua colocação à disposição e não venham a ser mantidas durante o tempo necessário para completar esse período. Assim, o imposto previsto pela referida disposição só incide sobre os dividendos de origem nacional recebidos por um OIC residente em casos limitados, pelo que não pode ser equiparado ao imposto geral de que são objeto os

dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não residentes.

57. Por conseguinte, a circunstância de os OIC não residentes não estarem sujeitos ao imposto do selo e ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas não os coloca numa situação objetivamente diferente em relação aos OIC residentes no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.

Atendendo a todos os elementos precedentes, há que concluir que, no caso em apreço, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.

[...]

85. Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.”

2.4. Por outro lado, o acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Tributário do STA n.º 7/2024, de 28.09.2023, proferido no processo n.º 093/19.7BALSb decidiu:

“O art.º 63, do TFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.”

Sendo certo que o sentido da jurisprudência uniformizada é integralmente aplicável aos casos em que estejam em causa OIC constituídos e a operar ao abrigo de legislação de países terceiros.

Pelo exposto, sem necessidade de mais desenvolvimentos, tendo presente a jurisprudência do TJUE e do STA, afigura-se-nos que sentença recorrida não merece censura, pelo que a pretensão da recorrente não pode merecer acolhimento.

3. Conclusão

Nestes termos, somos do parecer que deve ser negado provimento ao recurso interposto, com a consequente manutenção na ordem jurídica da douda sentença recorrida.

1.5. Cumpre apreciar e decidir.

2. Fundamentação

2.1. De Facto

Com relevância para a decisão, a sentença recorrida deu como provados os seguintes factos:

Com interesse para a apreciação da presente causa, consideram-se demonstrados os seguintes factos:

1. O Impugnante é um fundo de investimento, constituído e a operar de acordo com a legislação dos EUA, que investe em valores mobiliários. [cf. *documento n.º 1 junto com a p.i., a fls. 70-110 e 128-142 do SITAF*];
2. Nos anos de 2016 e 2017 o Impugnante era residente, para efeitos fiscais, nos EUA. [cf. *documento n.º 2 junto com a reclamação graciosa, a fls. 176-266 do SITAF*];
3. O Impugnante é considerado, para efeitos fiscais nos EUA, uma empresa de investimento regulado – “*Regulated Investment Company*” (RIC). [cf. *declarações de imposto apresentadas, nos EUA, para os períodos de 01.12.2015 a 30.11.2016 e 01.12.2016 a 30.11.2017, a fls. 308-412 e 419-530 do SITAF, respetivamente*];
4. O Impugnante beneficia, nos EUA, do tratamento fiscal aplicável aos RIC, o que, nos termos da legislação fiscal dos EUA, implica que não exista qualquer tributação do rendimento na sua esfera e que essa tributação ocorra apenas na esfera dos seus investidores. [cf. *secções 851 e 852 da legislação fiscal dos EUA (subcapítulo M do “Internal Revenue Code”, disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-M/part-I>)*];
5. Em 18.05.2016, foram distribuídos dividendos, pela D..., S.A., sociedade comercial com residência fiscal em Portugal, ao Impugnante, no montante de €277.318,33, os quais foram sujeitos a retenção na fonte de IRC no montante de €41.597,75. [cf. *documento n.º 3 junto com a reclamação graciosa, a fls. 176-266 do SITAF*];
6. A retenção na fonte identificada em 5 foi entregue, à AT, através da guia de retenção na fonte n.º ...17 submetida em 20.06.2016. [cf. *documento a fls. 60 do Processo Administrativo Tributário (“PAT”), a fls. 176-266 do SITAF*];
7. Em 17.05.2017, foram distribuídos dividendos, pela D..., S.A., sociedade comercial com residência fiscal em Portugal, ao Impugnante, no montante de €554.679,35, os quais foram sujeitos a retenção na fonte de IRC no montante de €83.201,90. [cf. *documento n.º 4 junto com a reclamação graciosa, a fls. 176-266 do SITAF*];

- 8.** Em 30.05.2017, foram distribuídos dividendos, pela E... SGPS, S.A., sociedade comercial com residência fiscal em Portugal, ao Impugnante, no montante de €12.725,02, os quais foram sujeitos a retenção na fonte de IRC no montante de €1.908,75. [cf. *documento n.º 4 junto com a reclamação graciosa, a fls. 176-266 do SITAF*];
- 9.** As retenções na fonte, identificadas em 7 e 8, foram entregues à AT, através da guia de retenção na fonte n.º ...37 submetida em 20.06.2017. [cf. *documento a fls. 61 do PAT, a fls. 176-266 do SITAF*];
- 10.** Em 21.09.2017, foram distribuídos dividendos, pela E... SGPS, S.A., sociedade comercial com residência fiscal em Portugal, ao Impugnante, no montante de €20.027,25, os quais foram sujeitos a retenção na fonte de IRC no montante de €3.004,09. [cf. *documento n.º 4 junto com a reclamação graciosa, a fls. 176-266 do SITAF*];
- 11.** A retenção na fonte identificada em 10 foi entregue, à AT, através da guia de retenção na fonte n.º ...76 submetida em 19.10.2017. [cf. *documento a fls. 62 do PAT, a fls. 176-266 do SITAF*];
- 12.** O IRC retido em Portugal em maio de 2016, indicada em 5, não foi deduzido, pelo Impugnante, para efeitos de determinação do rendimento sujeito a tributação nos EUA no período de 01.12.2015 a 30.11.2016. [cf. *quadro “Schedule J – Tax Computation” da “Form 1120-RIC” da declaração de imposto apresentada, nos EUA, para o período de 01.12.2015 a 30.11.2016, a fls. 419-530 do SITAF*];
- 13.** O IRC retido em Portugal em maio e setembro de 2017, indicado em 7, 8 e 10, não foi deduzido, pelo Impugnante, para efeitos de determinação do rendimento sujeito a tributação nos EUA no período de 01.12.2016 a 30.11.2017. [cf. *quadro “Schedule J – Tax Computation” da “Form 1120-RIC” da declaração de imposto apresentada, nos EUA, para o período de 01.12.2016 a 30.11.2017, a fls. 308-412 do SITAF*];
- 14.** Em 20.06.2018, o Impugnante apresentou reclamação graciosa contra as retenções na fonte de IRC referidas em 5, 7, 8 e 10. [cf. *documento a fls. 1-42 do PAT, a fls. 176-266 do SITAF*];
- 15.** Em 28.12.2018, a Chefe de Divisão da Divisão de Justiça Administrativa da Direção de Finanças de Lisboa, indeferiu a reclamação graciosa referida em 14 com fundamento na impropriedade do meio procedimental. [cf. *documento a fls. 71-73 do PAT, a fls. 176-266 do SITAF*].

IV. 2- DOS FACTOS NÃO PROVADOS

Inexistem quaisquer factos relevantes para a decisão que importe destacar como não provados.

IV. 3 – MOTIVAÇÃO

A decisão da matéria de facto fundou-se na análise crítica de toda a prova produzida nos autos, designadamente nos documentos juntos aos autos pelas partes, conforme referido em cada alínea do probatório, bem como na posição expressa pelas mesmas.

2.2. De Direito

A questão fundamental que se coloca é a de determinar se a legislação portuguesa, na redação em vigor à data dos factos tributários, ao excluir de tributação os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a fundos de investimento mobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional (artigo 22.º do EBF) e, por isso, residentes em território nacional, mas sujeitando a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por essas mesmas sociedades a fundos de investimento mobiliário que não tenham sido constituídos nem operem de acordo com a legislação nacional e, por isso, não residentes (*in casu* os Estados Unidos da América), configura uma restrição à livre circulação de capitais, não consentida pelo artigo 63.º do TFUE.

Esta questão não é nova, tendo sido apreciada uma situação em tudo idêntica por este Supremo Tribunal Administrativo no acórdão de 13-09-2023, processo n.º 715/18.7BELRS (subscrita por vários Acórdãos subsequentes deste mesmo Tribunal, designadamente nos processos: n.º 0802/21.4BELRS, de 08-05-2024; n.º 0806/21.7BELRS e n.º 0755/19.9BELRS, ambos de 29-05-2024; n.º 0757/19.5BELRS de 05-06-2024; 01676/20.8BELRS de 11-07-2024; 0711/18.4BELRS de 04.12.2024, todos disponíveis em www.dgsi.pt).

Por aderimos aos fundamentos aí expressos e no sentido de promover uma interpretação e aplicação uniformes do direito (artigo 8.º, n.º 3 do Código Civil), remetemos para o referido acórdão (integralmente disponível para consulta em www.dgsi.pt), destacando o excerto que de seguida se transcreve:

«...

Como referimos, o Tribunal recorrido assentou a sua decisão no acórdão do TJUE, de 17 de março de 2022, proferido no processo C-545/19. Sobre este acórdão a AT não se pronuncia nas suas conclusões de recurso, designadamente não afasta a doutrina que dele emana ao caso em apreço.

Ora, no acórdão em referência estava em causa um reenvio prejudicial apresentado no âmbito de um litígio que opunha a

AllianzGI-Fonds AEVN à Autoridade Tributária e Aduaneira (Portugal), a respeito da retenção na fonte do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas relativo aos anos de 2015 e 2016. E discutia-se a compatibilidade do artigo 22.º do EBF com o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFUE, tendo o TJUE concluído que:

O artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado - Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento coletivo (OIC) não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.

Esta jurisprudência, proferida relativamente a uma OIC de um país Membro da União Europeia, aplica-se manifestamente a uma OIC de um País Terceiro, uma vez que por força do artigo 63.º, n.º 1, do TFUE, a livre circulação de capitais aplica-se tanto aos fluxos de capitais entre Estados-Membros como entre Estados Membros e países terceiros, sem nenhuma condição de reciprocidade (Acórdão de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08). Esta característica distingue a livre circulação de capitais de todas as outras liberdades do mercado interno, uma vez que estas se aplicam exclusivamente no território dos Estados-Membros. ...»

Em síntese, pode concluir-se que o artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que implique que os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC residente num Estado terceiro, sejam objeto de retenção na fonte, por contraponto aos dividendos distribuídos a um OIC aí residente que não estariam sujeitos a essa retenção.

No exercício de comparabilidade que tem em vista aferir se existe uma situação de discriminação é necessário, porém, determinar se, no âmbito de outras disposições aplicáveis, ocorrerá uma neutralização da eventual discriminação, preservando, assim, a compatibilização de um determinado regime legal com o princípio da livre circulação de capitais. Neste contexto, a recorrente convocou como factos a ter em conta, por um lado, a circunstância de apenas estarem sujeitos a tributação em sede de Imposto do Selo, os fundos de investimento residentes em território nacional que sejam constituídos e operem de acordo com a legislação nacional; e, por outro, a existência de uma Convenção sobre Dupla Tributação entre Portugal e os EUA que implicaria uma tributação atenuada em Portugal.

Relativamente ao Imposto do Selo, consideramos que ainda que haja uma diferença de tratamento, esta não tem relevo quando o que está em causa é a determinação da existência de uma discriminação a nível, unicamente, da tributação de rendimento, não sendo, portanto, de considerar o que acontece no contexto de outros impostos.

No que respeita à existência de uma convenção sobre dupla tributação (CDT) que, num número considerável de Estados, como é o caso de Portugal, implica uma receção automática no direito interno, a ponderação do seu impacto tem, naturalmente, de ser tida em conta. Devendo, na decisão de um determinado caso, o órgão judicial nacional levar em consideração os efeitos das mencionadas convenções sobre dupla tributação no respetivo direito nacional, antes de concluir se duas situações comparáveis são, ou não, tratadas de forma diferente, ou se duas situações diferentes são tratadas da mesma forma (cfr. acórdão Bouanich do T.J.U.E. de 13/03/2014, Processo C-375/12; acórdão do STA, 2ª. Secção, de 13/12/2023, rec.1481/20.1BELRS). Isto é, o tratamento discriminatório pode ser neutralizado por via da aplicação da CDT que, através da eliminação dos seus efeitos, faculta a possibilidade de compatibilizar o regime fiscal em causa com o princípio da livre circulação e capitais.

O Supremo Tribunal Administrativo também já teve a oportunidade de salientar que, para que se possa considerar ocorrida a neutralização, não basta a previsão de um qualquer método de crédito na convenção, sendo necessária uma neutralização consumada, isto é, que o sujeito passivo seja efetivamente capaz de deduzir a retenção sofrida na fonte ao imposto a suportar na residência (acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Tributário de 9 de julho de 2014, no recurso n.º 01435/12).

Ora, resulta do probatório que:

«**12.** O IRC retido em Portugal em maio de 2016, indicada em 5, não foi deduzido, pelo Impugnante, para efeitos de determinação do rendimento sujeito a tributação nos EUA no período de 01.12.2015 a 30.11.2016. [cf. *quadro “Schedule J – Tax Computation” da “Form 1120-RIC” da declaração de imposto apresentada, nos EUA, para o período de 01.12.2015 a 30.11.2016, a fls. 419-530 do SITAF*];

13. O IRC retido em Portugal em maio e setembro de 2017, indicado em 7, 8 e 10, não foi deduzido, pelo Impugnante, para efeitos de determinação do rendimento sujeito a tributação nos EUA no período de 01.12.2016 a 30.11.2017. [cf. *quadro “Schedule J – Tax Computation” da “Form 1120-RIC” da declaração de imposto apresentada, nos EUA, para o período de 01.12.2016 a 30.11.2017, a fls. 308-412 do SITAF*]; »

Por tudo o que referimos, sai reforçado o entendimento de que o artigo 22.º do E.B.F., na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 7/2015, de 13/01, na medida em que limita o regime de isenção nele previsto aos OIC constituídos segundo a legislação nacional, dele excluindo os OIC constituídos segundo a legislação de outros Estados, é incompatível com a liberdade de circulação de capitais que decorre do artigo 63.º do TFUE.

3. Decisão

Face ao exposto nega-se provimento ao presente recurso e, em consequência, mantém-se a sentença recorrida.

Custas pela recorrente (artigo 527.º, n.º 1 e 2 do CPC, aplicável *ex vi* artigo 280.º do CPPT).

Lisboa, 12 de fevereiro de 2025. - João Sérgio Feio Antunes
Ribeiro (relator) – Aníbal Augusto Ruivo Ferraz – Jorge Cortês.